



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL.

Medellín, seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021).

DEMANDANTE: VIVIANA KISNER MIRA.
DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES.
TIPO DE PROCESO: ORDINARIO.
DECISIÓN: REVOCA – DECLARA – CONDENA.

En la fecha, **EI TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por los Magistrados Nancy Gutiérrez Salazar, Carlos Alberto Lebrún Morales y María Eugenia Gómez Velásquez, se reunió para revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por la Codemandada Protección S.A. frente a la Sentencia proferida en el Proceso Ordinario Laboral instaurado por la señora **VIVIANA KISNER MIRA**, en contra de **OLD MUTUAL S.A., PROTECCIÓN S.A.** y de **COLPENSIONES**.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de la sustitución de poder obrante a folios 226 vuelto, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LUISA FERNANDA SÁNCHEZ NIETO, con Tarjeta Profesional 329.278 del C.S. de la J.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA:

COLPENSIONES.

Solicita que se confirme la sentencia, ya que el acto por medio del cual se produjo el traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho, surtiendo plenos efectos jurídicos y atendiendo a la autonomía de la voluntad de la demandante, quien es

plenamente capaz y no probó ningún tipo de coacción. Que la actora realizó actos de pertenencia al Fondo elegido por más de 23 años, existiendo elementos que exponen su intención de permanecer en el RAIS, lo que se reafirma con su traslado entre Administradoras de este régimen y sin evidenciar interés en regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD-. Que se debe tener en cuenta la inoponibilidad frente a terceros de buena fe, como es el caso de Colpensiones, y los principios de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional; siendo responsabilidad de las AFP no solo reparar el daño individualmente causado a la demandante, sino asumir los alcances frente a los daños indirectos causados a terceros, debiendo asumir la equivalencia económica de los aportes, sin que sea Colpensiones la que se tenga que hacer cargo de las prestaciones económicas que se deriven de tal ineficacia.

La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por la Ponente, el cual se traduce en la siguiente decisión:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES:

- Declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante.
- Ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones el capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante; y a esta última a reactivar la afiliación, y recibir los dineros devueltos.

HECHOS:

- Dijo que nació el 19 de enero de 1968.
- Que cuando comenzó su vida laboral en 1988 efectuó cotizaciones en el RPMPD y en el mes de mayo de 1995 se trasladó al RAIS por medio de la Administradora Protección S.A., cuando en una conferencia le insistieron sobre las bondades de la AFP y del régimen que esta administraba; trasladándose en marzo del 2004, a Skandia Pensiones y Cesantías hoy

Old Mutual S.A., y en el año 2010 a ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A.

- Dice que nunca tuvo una asesoría jurídica, económica y financiera especializada en pensiones, siendo víctima del reclutamiento desmedido de los Fondos privados de pensiones.

CONTESTACIÓN:

Se opusieron a las pretensiones.

PROTECCIÓN S.A.

- Dijo no ser cierto que el traslado al RAIS por medio de Protección S.A. se dio en mayo de 1995, ya que el mismo fue el 7 de abril de 1995; ni que se indujo en error a la actora, habiendo sido asesorada en forma responsable, diligente y suficiente.
- Excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

OLD MUTUAL S.A.

- Que la afiliación por parte de la demandante a esta Administradora se realizó de forma libre y voluntaria.
- Excepciones de mérito: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES.

- Excepciones de mérito: inexistencia de la ineficacia del traslado al RAIS, saneamiento de la nulidad relativa alegada por la parte demandante aduciendo que fue inducida en error, prescripción, imposibilidad de condena en costas y buena fe de Colpensiones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

No accedió a la pretensión de declaración de Ineficacia del acto de afiliación solicitado por la demandante. Declaró que Protección S.A. incumplió la obligación de información a la actora y en consecuencia, dicha AFP tiene la obligación de resarcir a la misma el perjuicio que sufra por la afectación que llegue a tener su derecho pensional de vejez. Declaró implícitamente resueltas tanto las

pretensiones como las Excepciones propuestas; y se abstuvo de imponer Costas Procesales.

Argumentó la A quo que no hay fundamento alguno para declarar la ineficacia de un acto jurídico que por más de 23 años ha estado produciendo efectos para las partes, máxime que la demandante realizó actos de permanencia en el RAIS, siendo su voluntad escoger dicho régimen, y sin que las razones de conveniencia económica sean suficientes para restarle validez al acto jurídico de traslado. Que no obstante, ante la falta al deber de información, la AFP debe asumir el perjuicio causado a la actora en el derecho pensional, una vez se consolide el mismo.

APELACION.

DEMANDANTE:

Dice que en el proceso no quedó probado que las demandadas le hayan suministrado la información relacionada con las condiciones de la pensión en cada uno de los regímenes, para que ella tomara una decisión consiente de traslado al momento de suscribir el formulario de afiliación, ni siquiera cuando se trasladó de AFP, siendo la ineficacia de dicho traslado la consecuencia a la que se llega cuando se coarta la voluntad del afiliado en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Y solicita que se aplique la jurisprudencia que sobre el tema ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

PROTECCIÓN S.A.

Argumenta que no es procedente asumir las consecuencias que se lleguen a causar en el derecho pensional porque la vinculación de la actora constituye un acto válido, en la medida de haber sido libre, espontáneo y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría completa, tal como consta en la solicitud de vinculación firmada por la demandante; máxime si se tiene en cuenta que la afiliación a esta a AFP se ha dado en 2 oportunidades. Que no se evidencia perjuicio alguno, por lo que no se puede endilgar responsabilidad frente a una afiliación existente, sin demostrarse que existió un vicio en el consentimiento. Que se debe tener en cuenta que el RPM y el RAIS son regímenes excluyentes que cuentan con su propia regulación en lo que a la prestación de vejez se refiere, sin que se puedan pretender prestaciones iguales a las del RPMPD a título de indemnización de perjuicios, lo cual contraría la Constitución y la Ley que disponen que los afiliados se pensionan con base en el régimen al que pertenecen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- **COMPETENCIA:** Principio Consonancia art. 66A del C.P. T. y S.S., adicionado, art 35 de la L. 712 de 2001.
- **Objeto:** Determinar si en el caso a estudio, es o no procedente la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y las consecuencias que de ello se derivan. Veamos:

En el caso concreto, la demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inicialmente al ISS hoy COLPENSIONES desde el **13 de julio de 1988**, según se desprende de la Historia laboral de fls. 20 y 21; trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. el **7 de abril de 1995**, según consta en la solicitud de vinculación de folios 209, luego a SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A. el 21 de enero del 2000, tal como se desprende del formulario de afiliación a dicho Fondo de pensiones de folio 188, y nuevamente a ING actualmente PROTECCIÓN S.A., el **29 de enero de 2010**, según consta en la solicitud de vinculación de folio 37 y en el reporte SIAFP de folio 160.

Respecto al tema de la Ineficacia de traslado de régimen pensional, conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Cas. Laboral, vertida en Sentencias Radicados 33.083 del 22 de noviembre de 2011, y 46.292 del 03 de septiembre de 2014, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y más recientemente en las Sentencias Laborales 1452 del 3 de abril de 2019, Rad 68852 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo y 1421 del 10 de abril del mismo año, Rad. N.º 56174 M.P. Gerardo Botero Zuluaga, para los casos de afiliados, las Administradoras de Fondos de pensiones tienen el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculan a ellas, que surge desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación, por lo que el engaño en el que incurre la entidad, tiene su fuente en la falta al deber de información, tanto en lo que se afirma, como en lo que se omite informar sobre lo que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue, independientemente que para el momento del traslado, una norma lo exija o no.

Ahora, respecto a la firma del formulario proforma, en la Sentencia Laboral 1688 del 8 de mayo de 2019, Rad. N° 68838, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dicha Corporación sostuvo que:

“... no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada”.

“... la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no *informado...*” (subraya propia)

En similar sentido, se pronunció dicha Corporación en Sentencia Laboral 4360 del 9 de octubre de 2019, Rad 68852, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En ese orden de ideas, al presentarse el traslado de la carga de la prueba del afiliado a las Administradoras de Fondos de pensiones, por ser estas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, era OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A. las que tenían la obligación de probar en el proceso que brindaron una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado de régimen, analizando las circunstancias particulares de su caso, debiéndole informar por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC-, debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado, para que la misma sea realmente consensuada, libre y voluntaria y otras tantas observaciones al respecto.

Y es que debe reiterarse que la labor del funcionario del Fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al “DEBER DEL BUEN CONSEJO”, como lo ha señalado la

jurisprudencia laboral; en la medida que es responsabilidad de dichas Administradoras y de sus promotores, velar por la información realmente suministrada a sus usuarios -art. 10 Decreto 720 de 1994 por el cual se reglamentaron los arts.105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993-; lo cual fue reiterado en el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2255 de 2010, que le impone a las Administradoras de Fondos de pensiones, en desarrollo de tal deber, la obligación de proporcionar a los consumidores financieros información completa, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de la decisión.

Ahora, si bien tanto PROTECCIÓN S.A. como OLD MUTUAL S.A., afirmaron al contestar la demanda que a la demandante se le brindó la asesoría requerida para el caso –fls 121 a 143 y 174 a 187 respectivamente-, de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita tenían la carga de acreditarlo, y sin embargo, la prueba que trajeron al proceso no fue lo suficientemente persuasiva de ello, pues no aportaron ninguna prueba de la información realmente suministrada a la demandante al momento del traslado; sin que con los comunicados de prensa de folios 168 a 170 -generales e ilegibles por demás-, o el hecho de haber permanecido la demandante afiliada al RAIS durante más de 23 años, haberse trasladado entre entidades administradoras, o haber recibido extractos, se pueda dar por ratificado el acto inicial de traslado de régimen pensional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 898 del Código de Comercio, pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad al mismo –Sentencia Laboral 1688 de 2019 antes citada, en la que se reitera lo expuesto en la también citada Sentencia 19447 de 2017-.

Así las cosas, en el caso a estudio considera la Sala que se incumplió una de las solemnidades legalmente previstas para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como lo es el deber de información en un asunto tan importante para un afiliado por su incidencia en el derecho pensional, trayendo como consecuencia la declaración de Ineficacia del traslado de régimen, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes del mismo, como que la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Consecuente con lo anterior, se **REVOCARÁ** lo decidido por la juez de instancia al respecto, para en su lugar, **DECLARAR** la Ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y en consecuencia, se generará su regreso automático al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**.

TRASLADO DE SALDOS.

Considera la Sala que al declararse la Ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante; por lo que es legítimo que PROTECCIÓN S.A. traslade a Colpensiones el 100% de los aportes obligatorios efectuados por la demandante, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguros de Fogafín y en caso de haberse generado, los aportes al Fondo de solidaridad pensional -garantía de pensión mínima-, que se hubieren causado durante el tiempo en el que la actora estuvo afiliada a dicha Administradora; correspondiéndole a OLD MUTUAL S.A., devolver los gastos de administración, las primas de seguros de invalidez, de sobrevivencia y de reaseguros de Fogafín, y de haberse causado los aportes al Fondo de solidaridad pensional -garantía de pensión mínima-, por el tiempo en el que la demandante permaneció afiliada a ésta. Lo anterior, según lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral desde la Sentencia Radicado 31.989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas, y más recientemente en las Sentencias Laborales 4.989 y 4.964 del 14 de noviembre de 2018, Radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en la 1.688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68.838 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Advierte la Sala, que si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que del valor mensual de la cotización un porcentaje se destina al pago de la cuota de administración, lo cierto es que ante la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes, estas no se pueden generar ni en favor de las administradoras de Fondos de pensiones demandadas, ni en favor de terceros, sin que tal reintegro dependa de la gestión realizada, la pérdida de la especie, el detrimento del bien, o de la equivalencia de los rendimientos.

Adicional a ello, La Sala se permite resaltar que el precedente judicial proveniente de los máximos órganos de cierre tanto de la justicia constitucional como de la justicia ordinaria vincula a los demás jueces, es decir, es de obligatorio cumplimiento, al tenor de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la SU 354 del 25 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, en la que manifestó:

“Según lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos por ellas emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento...”

(Otra Providencia en similar sentido, es la SU 611 del 4 de octubre de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Tal obligación deberá cumplirse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia –artículo 16 Decreto 692 de 1994-.

Así mismo se ordenará a Colpensiones que reciba las sumas provenientes de PROTECCIÓN S.A. y de OLD MUTUAL S.A. para financiar la pensión de vejez de la actora.

Por sustracción de materia, no hay lugar a entrar a estudiar los demás motivos de inconformidad expuestos por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en la sustentación del recurso de apelación.

No hay lugar a declarar prescripción alguna pues al ser el tema de estudio la Ineficacia de traslado de régimen por falta de consentimiento informado, no le son aplicables los términos de prescripción previstos en el artículo 1750 del Código Civil, así como tampoco en los arts. 488 del C.S.T y 151 C.P.T y la S.S., ya que el traslado de régimen en materia pensional constituye un aspecto inescindible del derecho a la pensión, el cual es imprescriptible según se desprende del Art **48** de la C.P.N., por cuanto incide en su causación, requisitos y valor. Las demás excepciones propuestas quedan implícitamente resueltas.

Costas Procesales de Primera y Segunda Instancia, a cargo de PROTECCIÓN S.A. y en favor de la demandante, por haber resultado vencida en el proceso y en el recurso; liquídense las de Primera Instancia por la Secretaría del Juzgado de

origen. Agencias en derecho en esta instancia: 1 SMLMV. Se Absuelve a Colpensiones del pago de las mismas, dado que no fue la entidad que ocasionó la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín el 13 de diciembre de 2019, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por la señora **VIVIANA KISNER MIRA**, en contra de **PROTECCIÓN S.A.** de **OLD MUTUAL S.A.**, y de **COLPENSIONES**, en cuanto no accedió a la declaración de Ineficacia de traslado de régimen pensional; para en su lugar, **DECLARAR** la Ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia, generar su regreso automático al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el 100% de los aportes obligatorios efectuados por la demandante, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguros de Fogafín y en caso de haberse generado, los aportes al Fondo de solidaridad pensional -garantía de pensión mínima-, que se hubieren causado durante el tiempo en el que la actora estuvo afiliada a dicha Administradora; y a **OLD MUTUAL S.A.**, a devolver los gastos de administración, las primas de seguros de invalidez, de sobrevivencia y de reaseguros de Fogafín, y de haberse causado los aportes al Fondo de solidaridad pensional -garantía de pensión mínima-, por el tiempo en el que la demandante permaneció afiliada a ésta. Obligación que deberá cumplirse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia; y a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas.

TERCERO: DECLARAR no probada la Excepción de prescripción y las demás Excepciones implícitamente resueltas.

CUARTO: Costas Procesales de Primera y Segunda Instancia, a cargo de PROTECCIÓN S.A. en favor de la demandante, liquídense las de Primera Instancia por la Secretaría del Juzgado de origen. Agencias en derecho en esta instancia: 1 SMLMV. Se Absuelve a Colpensiones del pago de las mismas.

Lo resuelto se notifica en **ESTADOS** y se firma en constancia.

Los Magistrados,



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -
SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N° 117 de julio 07 de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>